

gende toetsingsschema. Eerst moet worden vastgesteld of deze maatregelen verenigbaar zijn met artikel 56 VWEU. Een nationale maatregel die een vrij verkeer beperkt, kan tevens een grondrecht beperken. Voor die beperking bevat artikel 52 Handvest het toetsingskader. Als de toetsing aan artikel 56 VWEU negatief uitvalt zijn die maatregelen evenmin met een beroep op (artikel 52 lid 1 van) het Handvest toelaatbaar. Een afzonderlijke toetsing is dan niet nodig. Het Hof van Justitie verwijst ter motivering van dit oordeel naar de argumenten genoemd in de conclusie. Anders dan het Hof van Justitie past de advocaat-generaal artikel 52 lid 1 Handvest niet expliciet toe. In de benadering van de advocaat-generaal worden de Handvestbepalingen uitgelegd in overeenstemming met het VWEU, terwijl het Hof van Justitie tot deze overeenstemming komt via de weg van de uitzonderingsbepaling in het Handvest. De overwegingen van het Hof van Justitie maken niet duidelijk of afzonderlijke toetsing aan het Handvest steeds achterwege kan blijven of slechts in het geval dat de nationale maatregelen de toets aan artikel 56 VWEU (of aan mutatis-mutandis-bepalingen inzake andere verdragsvrijheden) niet doorstaan. Over de uitkomst kan naar mijn mening geen misverstand bestaan: nationale maatregelen die een vrij verkeer beperken, kunnen slechts geoorloofd zijn als zij in overeenstemming zijn met het Handvest.

Hoewel het Hof van Justitie op vernuftige wijze de zaak niet met het antwoord op de eerste vraag laat eindigen, gaat het niet in op de vragen met betrekking tot de inhoudelijke betekenis van de Handvestbepalingen voor de (punitieve) handhaving van de Oostenrijkse regeling van kansspelen. Kennelijk meent het Hof van Justitie dat, ondanks de oproep aan de nationale rechter de beoordeling van de rechtvaardiging van de nationale regeling te heroverwegen, deze regeling onverenigbaar zal blijken te zijn met artikel 56 VWEU.

M.A. Fierstra³⁶

Voetnoten

- 1 Beslissing van 10 augustus 2012, VwSen-740121/2/Gf/Rt, VwSen-740123/2/Gf/Rt, VwSen-740124/2/Gf/Rt, VwSen-70127/2/Gf/Rt en VwSen-360028/3/Gf/Rt, te raadplegen op www.uvs-ooe.gv.at.
- 2 Per 1 januari 2014 Landesverwaltungsgericht.
- 3 De verwijzende rechter noemt dit voorbeeld, in de hoofdgedingen is dit niet aan de orde.
- 4 Arrest *Pleger*, r.o. 23.
- 5 Arrest *Pleger*, r.o. 25-29.

- 6 HvJ EU 16 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*).
- 7 HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*ERT*).
- 8 Arrest *Pfleger*, r.o. 36.
- 9 Arrest *Pfleger*, r.o. 37.
- 10 Arrest *Pfleger*, r.o. 44.
- 11 Arrest *Pfleger*, r.o. 45.
- 12 Arrest *Pleger*, r.o. 46.
- 13 Arrest *Pfleger*, r.o. 47-50.
- 14 Arrest *Pfleger*, r.o. 51.
- 15 Arrest *Pfleger*, r.o. 60.
- 16 Arrest *Pfleger*, r.o. 64.
- 17 Dat de vragen objectief noodzakelijk zijn in die zin dat het antwoord op de vragen van invloed kan zijn op de beslissing van de verwijzende rechter is buiten twijfel, vragen zijn subjectief noodzakelijk als de verwijzende rechter twijfel heeft over de juiste interpretatie.
- 18 Deze eis geldt overigens (ook) op grond van artikel 94 Reglement voor de procedure van het Hof van Justitie.
- 19 HvJ EG 22 september 1998, C-61/97, ECLI:EU:C:1998:422 (*FDV*), r.o. 9.
- 20 Een dergelijke situatie resulteert in beginsel in niet-ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen, HvJ EU 13 februari 2014, gevoegde zaken C-162/12 en C-163/12, ECLI:EU:C:2014:74 (*Airport Shuttle Express e.a.*), r.o. 48.
- 21 Vgl. HvJ EG 16 juli 1992, C-83/91, ECLI:EU:C:1992:332 (*Meilicke*), r.o. 22; HvJ EU 27 februari 2014, C-470/12, ECLI:EU:C:2014:101 (*Pohotovost*), r.o. 38.
- 22 Zie ook HvJ EU 10 mei 2012, gevoegde zaken C-357/10-C-359/10, ECLI:EU:C:2012:283 (*Duomo e.a.*), SEW 2013, afl. 1, p. 34 e.v., m.nt. M. Fierstra; vgl. E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: de interne situatie', SEW 2014, afl. 2, p. 66-74.
- 23 Conclusie A-G E. Sharpston, ECLI:EU:C:2013:747.
- 24 Het onderscheid is in de rechtspraak niet steeds even scherp, zie R. Barents, *EU-procesrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 395; vgl. HvJ EU 22 mei 2014, C-56/13, ECLI:EU:C:2014:352 (*Érsekcsanádi Mezőgazdasági Zrt.*), r.o. 36 en 37.
- 25 Bijv. HvJ EG 27 januari 2005, C-125/04, ECLI:EU:C:2005:69 (*Denuit*); HvJ EU 31 januari 2013, C-394/11, ECLI:EU:C:2013:48 (*Belov*).
- 26 HvJ EG 26 januari 1993, gevoegde zaken C-320/90, C-321/90 en C-322/90, ECLI:EU:C:1993:26 (*Telemariscabruzzo e.a.*), r.o. 6; Beschikking van het HvJ EU 7 oktober 2013, C-82/13, ECLI:EU:C:2013:655 (*Madonna dei miracoli*); Beschikking van het HvJ EU 14 november 2013, C-49/13, ECLI:EU:C:2013:767 (*MF 7 e.a.*).
- 27 Zie: J.C.M. van der Beek & M. de Koning, 'De goksaga: nieuwe grenzen aan de beperkingen van gokken over de grenzen', *NtER* 2004, p. 137-146; M. de Koning & J.C.M. van der Beek, 'De Goksaga wederom vervolgd: De Lotto/Ladbrokes', *NtER* 2005, p. 153-159; M. de Koning, 'De Goksaga duurt voort!', *NtER* 2006, p. 69-74; J.C.M. van der Beek & M. de Koning, 'Volgende aflevering Goksaga: Rien ne va plus?', *NtER* 2007, p. 117-123; J.C.M. van der Beek, 'Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga', *NtER* 2010, p. 305-317; J.C.M. van der Beek & F.A. Kroon, 'De volgende fase in de goksaga: Quis custodiet ipsos custodes?', *NtER* 2013, p. 115-122.
- 28 In het kader van taakverdeling tussen Hof van Justitie en nationale rechter betreft dit zowel de feiten van het hoofdgeding als de toepasselijke nationale regelgeving, beide

aspecten van het hoofdgeding behoren tot de exclusieve competentie van de nationale rechter.

- 29 M.A. Fierstra, 'Sneller: de opportuniteit van de weg via Luxemburg', *NtER* 2014, p. 123-131.
- 30 Vgl. arrest *Pfleger*, r.o. 55 en 56.
- 31 Het arrest *Pfleger* betreft de vrijheid van dienstenverkeer, de overwegingen van het HvJ bevatten geen elementen om deze benadering niet van toepassing te achten in het geval het een van de andere marktvrijheden betreft.
- 32 HvJ EG 13 juli 1989, 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 (*Wachauf*); vgl. conclusie A-G P. Cruz Villalón in C-617/10, ECLI:EU:C:2012:340 (*Åkerberg Fransson*), punt 26; uitvoeriger: M.A. Fierstra, 'Åkerberg Fransson: ruim toepassingsgebied van Handvest op handelingen van lidstaten', *NtER* 2013, p. 197-205.
- 33 Uit de conclusie van advocaat-generaal Sharpston blijkt dat de Oostenrijkse, de Nederlandse, de Poolse en de Portugese regering hebben bepleit dat het Handvest niet van toepassing is (punt 35). Op welke gronden – afgezien van het tekstuele argument – dit standpunt is ingenomen en is gehandhaafd – de mondelinge behandeling in deze zaak vond plaats nadat het arrest *Åkerberg Fransson* was gewezen – blijkt uit de conclusie noch uit het arrest. Overigens begrijp ik niet welk belang de Nederlandse regering met dit standpunt nastreeft.
- 34 HvJ EG 4 oktober 1991, C-159/90, ECLI:EU:C:1991:378 (*Croghan*), r.o. 31; HvJ EG 5 oktober 1994, C-23/93, ECLI:EU:C:1994:362 (*TV10*), r.o. 24; HvJ EG 26 juni 1997, C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325 (*Familiapress*), r.o. 24; HvJ EG 11 juli 2002, C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434 (*Carpenter*), r.o. 40; HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 (*Schmidberger*); HvJ EG 29 april 2004, gevoegde zaken C-482/01 en C-493/01, ECLI:EU:C:2004:262 (*Orfanopoulos en Oliveri*), r.o. 69; HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 (*Omega Spielhallen*), r.o. 35; HvJ EG 25 maart 2004, C-71/02, ECLI:EU:C:2004:181 (*Karner*).
- 35 Arrest *Pfleger*, r.o. 36.
- 36 Marc Fierstra is raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden.

215 Zaak C-350/12 P, Raad van de Europese Unie/Sophie in 't Veld

Arrest van 3 juli 2014 (Eerste kamer), ECLI:EU:C:2014:2039¹; conclusie van A-G E. Sharpston van 13 februari 2014

Hogere voorziening – Toegang tot documenten van de instellingen – Verordening (EG) 1049/2001 – Artikel 4 lid 1 onderdeel a derde streepje, artikel 4 lid 2 tweede streepje en artikel 6 – Advies van juridische dienst van Raad betreffende openen van onderhandelingen met het oog op internationale overeenkomst – Uitzonderingen op recht van toegang – Bescherming van openbaar belang op vlak van internationale betrekkingen – Bescherming van juridische adviezen – Gedeeltelijke weigering van toegang

1. Introductie

Internationale betrekkingen en openbaarheid van bestuur vormen een moeilijk huwelijk. Het diplomatieke systeem draagt discretie hoog in het vaandel: diplomaten ontmoeten elkaar ver weg van de schijnwerpers van de media of van parlementen. Onderhandelingen worden gevoerd in relatief kleine kring, door vertegenwoordigers van regeringen. Van groot belang in zulke onderhandelingen is het scheppen van een sfeer van wederzijds vertrouwen. Zonder vertrouwen zullen onderhandelaars niet bereid zijn de nodige toegevingen te doen om een akkoord mogelijk te maken. Regeringen stellen dan ook alles in het werk om deze sfeer van wederzijds vertrouwen niet in gevaar te brengen.

Bij de totstandkoming van Verordening (EG) 1049/2001² (hierna: de Transparantieverordening) hebben het Europees Parlement en de Raad rekening gehouden met de gewoonten van het diplomatieke bedrijf. Zo voorziet de verordening in een uitzondering op het algemene transparantiebeginsel: om het openbaar belang m.b.t. de internationale betrekkingen te beschermen kan een instelling de openbaarmaking van documenten weigeren.³

Dit is precies wat voorafging aan de zaak *In 't Veld*. Sophie in 't Veld, een liberaal Euro-parlementslid en groot pleitbezorger voor een transparante besluitvorming in de EU, verzocht de Raad om een advies van diens juridische dienst openbaar te maken dat verband hield met de onderhandelingen tussen de Unie en de Verenigde Staten over de uitwisseling van financiële gegevens (het zogenaamde 'SWIFT-akkoord'). Bij beslissing van 29 oktober 2009 weigerde de Raad het document openbaar te maken op grond van de overweging dat zulks 'een negatieve weerslag zou hebben op de onderhandelingspositie van de [Unie] (...)' De openbaarmaking zou verder 'informatie onthullen aangaande het door de [Unie] bij de onderhandelingen in te nemen standpunt. In geval van een kritisch juridisch advies zou die informatie kunnen worden uitgebuit om de onderhandelingspositie van de [Unie] te verzwakken', besloot de Raad.

Op 31 december 2009, nadat definitief gebleken was dat de Raad niet alsnog tot een openbaarmaking kon worden bewogen, besloot mevrouw In 't Veld de weigeringsbeslissing van de Raad aan te vechten voor het Gerecht – een opmerkelijke beslissing, gegeven mevrouw In 't Velds hoedanigheid van Europarlementslid.⁴ In zijn arrest van 4 mei 2012 besloot het Gerecht tot de gedeeltelijke

vernietiging van de weigeringsbeslissing van de Raad.⁵ De gedeelten van het juridisch advies die verband hielden met de onderhandelingsstrategie van de Unie (zoals de onderhandelingsrichtsnoeren) konden geheim worden gehouden; de andere delen van het advies, en met name de discussie over de rechtsgrondslagkeuze waarop de onderhandelingen konden worden gevoerd en de overeenkomst met de VS zou kunnen worden gesloten, dienden openbaar te worden gemaakt. Bij arrest van 3 juli 2014 heeft het Hof het arrest van het Gerecht bevestigd. Na kennis te hebben genomen van het arrest van het Hof sprak mevrouw In 't Veld op haar website van een overwinning: 'Dit is een grote overwinning, het Hof spreekt duidelijk uit dat transparantie een voorwaarde is voor een echt democratisch Europa. De Europese Unie moet zich ontwikkelen van een Europa van diplomaten, discretie en geheimhouding naar een Europa van burgers, openbaarheid van bestuur en vertrouwen.'⁶ Klopt mevrouw In 't Veld zich terecht op de borst? Enkele nuances dringen zich toch op.

2. Het verweer van de Raad

De strategie van de Raad in deze zaak trekt de aandacht. De Raad beriep zich op twee uitzonderingsgronden om de geheimhouding van het betrokken document te verantwoorden: (i) deze m.b.t. de bescherming van de internationale betrekkingen van de Unie⁷ en (ii) deze m.b.t. de bescherming van juridisch advies.⁸ De argumentatie die de Raad opbouwde rond beide uitzonderingsgronden, steunde echter in beide gevallen op de premisse dat de 'gevoelige context' (m.n. deze van de lopende internationale onderhandelingen met de VS) het Gerecht en het Hof ertoe diende te bewegen een lichtere toetsingsmaatstaf te hanteren bij het beoordelen van de uitzonderingen op het transparantiebeginsel. Zo pleitte de Raad voor een 'marginale toetsing' in het kader van de beoordeling van de uitzondering m.b.t. de internationale betrekkingen, en verweet de Raad het Gerecht, in het kader van de uitzondering m.b.t. de bescherming van juridisch advies, niet voldoende rekening te hebben gehouden met de 'gevoelige (internationale) context' waarbinnen het document was opgesteld.

In wezen leek de Raad te pleiten voor een vermoeden tegen openbaarheid voor dergelijke documenten – een niet helemaal kansloze strategie, daar het Hof in het verleden al onder meer het bestaan van een gelijkaardig vermoeden tegen openbaarmaking had

erkend voor wat betreft documenten opgenomen in het administratieve dossier van de Commissie in staatssteunprocedures⁹ en het Gerecht in de zaak *WWF European Policy Programme* al blijk gegeven had van een hoge graad van deferentie¹⁰ ten opzichte van de Raad en de Commissie in de beoordeling van de uitzonderingsgrond m.b.t. de internationale betrekkingen.¹¹

3. Het antwoord van het Gerecht en het Hof

Zoals vermeld heeft het Gerecht de Raad in zijn arrest van 4 mei 2012 ten dele gelijk gegeven. Zonder over te gaan tot een grondig onderzoek verleende het Gerecht zijn goedkeuring aan het beroep van de Raad op de uitzondering m.b.t. de internationale betrekkingen voor het gedeelte van het document dat betrekking had op de inhoud van het voorgenomen akkoord en de onderhandelingsrichtsnoeren die de Raad aan de Commissie had gericht. Het Gerecht beperkte zich ertoe te stellen dat '[het] heeft kunnen vaststellen dat de juridische analyse in [het betwiste] document een aantal onderdelen bevatte die verband hielden met de door de Unie bij de onderhandelingen nagestreefde doelstellingen (...)'.¹²

'[D]e openbaarmaking van deze gegevens zou', aldus het Gerecht, 'het vertrouwensklimaat schaden bij de onderhandelingen', daar 'het gevaar van ondermijning [immers] volgt uit de openbaarmaking van de bijzondere beoordeling van deze gegevens door [de] juridische dienst [van de Raad] (...)'.¹³

Het Gerecht toont zich hier bijzonder soepel. Anders dan het geval zal zijn met de onderdelen van het juridisch advies die verband houden met de rechtsgrondslag van het optreden van de Unie, lijkt het zich te schikken naar het oordeel van de Raad, zonder dat deze laatste dient aan te tonen dat het risico op de ondermijning van het beschermde openbaar belang 'concreet en daadwerkelijk' en niet 'redelijkerwijs voorzienbaar en niet louter hypothetisch' is. De Raad lijkt, met andere woorden, enkel het bestaan van een link te hoeven aantonen tussen het betrokken document en de internationale betrekkingen van de Unie. Hoe deze categorie van documenten die verband houden met de internationale betrekkingen dient te worden afgelijnd, blijft echter onduidelijk. Daar mevrouw In 't Veld niet lijkt opgekomen te zijn tegen dit onderdeel van de beslissing van het Gerecht, is het Hof in zijn arrest hierop niet teruggekomen.

De resterende onderdelen van het betwiste document hadden betrekking op de rechts-

grondslag op basis waarvan de Unie over de voorgenomen overeenkomst kon onderhandelen en haar vervolgens kon sluiten. Wat deze onderdelen betreft, heeft zowel het Gerecht als het Hof mevrouw In 't Veld in het gelijk gesteld. Zowel voor wat betreft de uitzondering m.b.t. de internationale betrekkingen, als deze m.b.t. het juridisch advies, wordt het verweer van de Raad verworpen. In wat volgt wordt voornamelijk ingegaan op het antwoord van het Hof. De argumentatie van het Gerecht wordt behandeld wanneer het Hof ervan afwijkt.

In zijn antwoord maakt het Hof van de gelegenheid gebruik om het kader te schetsen waarbinnen de uitzonderingen op het transparantiebeginsel dienen te worden beoordeeld:

‘Enerzijds moet de betrokken instelling, indien zij besluit om de toegang tot een document waarvan haar om mededeling is verzocht, te weigeren, in beginsel uitleggen in welk opzicht de toegang tot dat document een concrete en daadwerkelijke ondermijning zou kunnen vormen van het belang dat wordt beschermd door een in artikel 4 van [de Transparantieverordening] neergelegde uitzondering waarop de instelling zich beroept. Bovendien moet het risico van een dergelijke ondermijning redelijkerwijs voorzienbaar en niet louter hypothetisch zijn (...)

Anderzijds dient een instelling, wanneer zij een van de uitzonderingen (...) toepast, het specifieke belang dat moet worden beschermd door het betrokken document niet openbaar te maken, af te wegen tegen met name het algemeen belang dat dit document toegankelijk wordt gemaakt, rekening houdend (...) met de voordelen van een grotere transparantie, te weten een betere deelneming van de burger aan het besluitvormingsproces en een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burger binnen een democratisch systeem (...).’¹³

Kort gesteld, in alle gevallen (relatieve of absolute uitzonderingsgronden) dient de betrokken instelling aan te tonen dat het beschermde belang ‘concreet en daadwerkelijk’ en ‘redelijkerwijs voorzienbaar en niet louter hypothetisch’ ondermijnd dreigt te worden. Bijgevolg kan het gegeven dat ‘de enkele omstandigheid dat een document betrekking heeft op een belang dat wordt beschermd door een in artikel 4 van de [Transparantieverordening] neergelegde uitzondering op het recht van toegang (...)

op zich niet volstaan om die uitzondering toe te passen’.¹⁴ Van enig vermoeden tegen openbaarmaking kan met andere woorden geen sprake zijn. Indien de instelling zich beroept op een relatieve uitzonderingsgrond, dan dient zij bovendien ook aan te tonen dat er geen sprake is van een hoger algemeen belang dat zwaarder doorweegt dan het belang tegen openbaarmaking. De test neemt hier de vorm aan van een evenwichtsoefening.

Op de verwijzing door de Raad naar de *Sison*-rechtspraak¹⁵ antwoordt het Hof dat de ruime beoordelingsmarge die moet worden gehanteerd in de beoordeling van de uitzonderingen op het transparantiebeginsel, niet wegneemt dat de betrokken instelling zich dient te houden aan de toetsingsmaatstaf van de ‘concrete en daadwerkelijke’ en ‘redelijkerwijs voorzienbare en niet louter hypothetische’ ondermijning van het beschermde belang en – mogelijk – het algemeen belang dat het document toegankelijk wordt gemaakt.¹⁶ Daar de Raad niet had aangetoond in welk opzicht een ruimere toegang tot het betwiste document het beschermde belang op het vlak van de internationale betrekkingen concreet en daadwerkelijk had kunnen ondermijnen, had de Raad niet aan deze toetsingsmaatstaf voldaan. De uitzondering ter bescherming van de internationale betrekkingen kon de openbaarmaking van het document dus niet verhinderen, besluit het Hof. Te noteren valt opnieuw dat deze vernietiging van de weigeringsbeslissing van de Raad beperkt is in haar draagwijdte: zij geldt enkel ‘voor zover (...) de toegang is geweigerd tot andere niet openbaar gemaakte delen van het [betwiste] document dan die welke betrekking hebben op de specifieke inhoud van de voorgenomen overeenkomst of van de onderhandelingsrichtsnoeren’.¹⁷

In zijn argumentatie over de uitzondering m.b.t. de bescherming van juridisch advies was de Raad van oordeel dat het Gerecht ten onrechte voormelde toetsingsmaatstaf had gehanteerd. De ‘bijzondere aard van het voorwerp van het (...) juridisch advies’, de ‘bijzondere omstandigheden van de zaak’, die met name verband houden met de ‘gevoelige kwestie betreffende de samenwerking in de strijd tegen het terrorisme’,¹⁸ maakten een toepassing van de voormelde toetsingsmaatstaf ongeoorloofd, aldus de Raad.

Het Hof verwierpt deze naar *foreign relations exceptionalism*¹⁹ ruikende argumentatie en komt in eenzelfde beweging terug op de in het *Turco*-arrest geïntroduceerde (en door

het Gerecht ondersteunde²⁰) stelling volgens dewelke documenten aangenomen in het kader van een wetgevende procedure een ruimere toegang zouden moeten genieten.²¹ In r.o. 105 van zijn arrest stelt het Hof onomwonden dat ‘anders dan de Raad en de Commissie beweren, het in punt 96 van het onderhavige arrest beschreven onderzoek [d.i. de zonet beschreven evenwichtsoefening] [moet] worden verricht, zelfs als het document waarvan om toegang wordt verzocht geen betrekking heeft op een wetgevende procedure’.²² In lijn met de benadering voorgesteld door advocaat-generaal Sharpston in haar conclusie van 13 februari 2014²³ benadrukt het Hof dat ook de niet-wetgevende werkzaamheden van de instellingen onder de Transparantieverordening vallen.²⁴ Ongeacht de context waarin het document is opgesteld, dient steeds het voormelde onderzoek te worden uitgevoerd. Heeft het Hof dan helemaal geen rekening gehouden met de ‘gevoelige context’ waarover de Raad sprak? Toch wel. Zoals vermeld had het Gerecht het beroep van de Raad op de uitzondering m.b.t. de internationale betrekkingen gegrond verklaard voor wat betrof de gedeelten van het document die op de specifieke inhoud van de voorgenomen overeenkomst of van de onderhandelingsrichtsnoeren betrekking hadden. Samengevat lijkt het Hof te opteren voor een casuïstische benadering waarin de betrokken instelling – los van de mogelijke kwalificatie van de context als wetgevend of niet-wetgevend – steeds in concreto dient aan te tonen (i) op welke wijze het beschermd openbaar belang dreigt te worden ondermijnd en, (ii) indien beroep wordt gedaan op een relatieve uitzonderingsgrond, dat dit risico zwaarder doorweegt dan het openbaar belang dat gepaard gaat met de openbaarmaking ervan (te weten de betere deelneming van de burger aan het besluitvormingsproces en een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burger binnen een democratisch systeem). Anders gesteld, het Hof verzet zich in deze zaak tegen de introductie van een categorisering op basis van de context waarin de documenten worden aangenomen zoals verdedigd door het Gerecht.

4. Commentaar

Op zichzelf genomen is deze aanpak van het Hof verdedigbaar. Hij ligt in lijn met de algemene beweging van formalisme naar ad-hocbeoordelingen en evenwichtsoefeningen in het naoorlogse rechtsdenken²⁵ – een

rechtsdenken dat zowel voordelen (minder moeilijkheden met het scherp aflijnen van begrippen) als nadelen (de rechtszekerheid is niet gediend bij een ad-hocbenadering die steeds een sterk feitelijke invulling vraagt²⁶) kent. Zo kan, enerzijds, verwezen worden naar de suggestie van het Gerecht om het initiatief voor en het voeren van internationale onderhandelingen te kwalificeren als een onderdeel van de uitvoerende bevoegdheid van de Commissie²⁷ – een kwalificatie die in een tijdperk van toenemende internationale wetgevende activiteit op zichzelf voorwerp van discussie is geworden.²⁸ Door deze suggestie van het Gerecht te verwerpen heeft het Hof zich naar de toekomst toe heel wat kopzorgen bespaard. Verder spreekt het in het voordeel van het Hof dat het streeft naar een gelijke behandeling tussen vragen die rijzen in de context van het interne recht en vragen die verband houden met de internationale betrekkingen van de Unie. Anderzijds draagt de strategie van het Hof niet bij aan een grotere rechtszekerheid voor de rechtzoekenden. Het Hof houdt zich het recht voor iedere zaak op haar merites te beoordelen; het is niet helemaal duidelijk welke standaarden het daarbij hanteert. Vormt het arrest van 3 juli 2014 dan de 'grote overwinning' waar mevrouw In 't Veld over sprak? Het antwoord is niet eenduidig. Enerzijds is het arrest duidelijk in zijn principiële verwerping van het *foreign relations exceptionalism* waarop de Raad zich trachtte te beroepen. Het gaat niet op, zo stelt het Hof, om de gevoelige context van internationale onderhandelingen in te roepen ter verantwoording van een beroep op *andere* uitzonderingen op het transparantiebeginsel dan deze m.b.t. de internationale betrekkingen, om op deze manier het Hof ertoe te bewegen een lichtere toetsingsmaatstaf te hanteren.²⁹ Anderzijds, op het vlak van de concrete toepassing dient opnieuw te worden benadrukt dat het Hof geen uitspraak heeft gedaan over de toepassing van de uitzondering m.b.t. de internationale betrekkingen op die delen van het betwiste document die betrekking hadden op de inhoud van de voorgenomen overeenkomst of de onderhandelingsrichtsnoeren. Zoals vermeld, heeft mevrouw In 't Veld geen incidenteel beroep aangetekend tegen dit onderdeel van het arrest van het Gerecht, zodat het Hof niet de gelegenheid heeft gehad uitdrukkelijk uitspraak te doen over dit punt. De uitspraak van het Gerecht – dat in zijn arrest van 4 mei 2012, zoals vermeld, een bijzonder soepele toetsingsmaatstaf hanteerde – blijft bijgevolg overeind.

Kan echter worden aangenomen dat het Hof bij de eerstvolgende gelegenheid de toetsingsmaatstaf zoals verdedigd in het huidige arrest ook zal toepassen in de context van de uitzondering m.b.t. de internationale betrekkingen? Niet zonder meer. Zoals vermeld gaat de principiële verwerping van *foreign relations exceptionalism* gepaard met een beweging naar een casuïstische benadering waarin de feitelijke omstandigheden van iedere zaak een doorslaggevende rol spelen. Deze aanpak geeft het Hof de nodige ruimte om – zoals het in het verleden ook heeft gedaan³⁰ – een principiële met een pragmatische houding te verzoenen. In eerdere rechtspraak inzake de uitzonderingsgrond m.b.t. de bescherming van de internationale betrekkingen hebben het Gerecht en het Hof steeds begrip getoond voor de vereiste van geheimhouding in de context van diplomatieke contacten. In de recente *Ivan Jurasinovic*-zaak heeft het Hof de beslissing van het Gerecht bevestigd waarin dit laatste de geheimhouding van veertien jaar oude verslagen van EU-waarnemers in Kroatië gegrond had geacht.³¹ Wat deze zaak aantoonde, is dat niet al te snel aangenomen kan worden dat een analyse van de feitelijke context in het nadeel van de Raad en/of Commissie, en dus in het voordeel van een ruimere transparantie, zal werken. Een dergelijke analyse geeft het Hof evenzeer de nodige speelruimte om de geheimhouding die zo kenmerkend is voor het diplomatieke verkeer, in stand te houden. De bestaande rechtspraak van het Hof en het Gerecht inzake de beroepen op de uitzonderingsgrond m.b.t. de internationale betrekkingen nodigt bijgevolg uit tot de nodige voorzichtigheid.³² Het Hof lijkt ook in dezen zowel principieel (iedere uitzondering op de openbaarheid moet grondig worden gemotiveerd) als pragmatisch te zijn (de politieke instellingen dienen over voldoende manoeuvreerruimte te beschikken om in de wereld van de diplomatie efficiënt te werk te kunnen gaan).

Wat het arrest misschien nog het meest aan het licht brengt, zijn de beperkingen van een gerechtelijke strategie in een in wezen politieke strijd om invloed binnen de Europese institutionele driehoek. Mevrouw In 't Veld heeft vijf jaar geprocedeerd om inzage te krijgen in documenten die haar in staat dienden te stellen een gefundeerd standpunt in te nemen in het dossier van de SWIFT-onderhandelingen. Het SWIFT-akkoord is, zoals geweten, door het Europees Parlement in juli 2010 goedgekeurd.³³ Het resultaat van deze jarenlange procedure is vermoedelijk minder zonneklaar dan mevrouw In 't Veld

had gehoopt. De wetgeving inzake openbaarheid van bestuur is zonder twijfel van groot nut voor ngo's, particulieren, of academici op zoek naar informatie over hun onderwerp van onderzoek. Of zij het gepaste middel vormt voor het Europees Parlement om het in staat te stellen zijn wetgevende en controlerende bevoegdheden ten volle te kunnen benutten, lijkt een moeilijkere vraag om te beantwoorden.

Van groter belang in deze context lijken hier de interacties tussen de instellingen en de invulling die deze geven aan de trias politica zoals deze is opgenomen in het Lissabonverdrag.³⁴ In dat kader kan gewezen worden op de strategie van zowel de Raad als de Commissie om interinstitutionele akkoorden te sluiten met het Europees Parlement. Zo hebben het Europees Parlement en de Raad op 12 maart 2014 een akkoord gesloten 'over het doorzenden aan en verwerken door het Europees Parlement van gerubriceerde informatie waarover de Raad beschikt met betrekking tot aangelegenheden die niet vallen onder het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid'.³⁵ Het akkoord voorziet onder meer drie zaken, waarvan de combinatie de controlefunctie van het Parlement mogelijk uitholt. Ten eerste staat het aan het Parlement, maar – en dit is cruciaal – ook aan de Raad, vrij zelf te bepalen welke documenten gerubriceerd dienen te worden.³⁶ Ten tweede kan de Raad enkel inzage verlenen in documenten die afkomstig zijn uit een andere instelling, een lidstaat of een derde land, indien deze instelling, deze lidstaat of dit derde land daarmee instemt.³⁷ Ten derde dienen de parlementsleden die na een grondige screening toegang³⁸ krijgen tot gerubriceerde documenten, zich ertoe te verbinden de inhoud ervan geheim te houden – inclusief ten aanzien van hun collega parlementsleden.³⁹ Hoe parlementsleden onder dergelijke omstandigheden zich kritisch kunnen uitlaten over het gevoerde buitenlandbeleid, is een raadsel.⁴⁰

T. Verellen⁴¹

Voetnoten

- 1 Hierna: het arrest van het Hof.
- 2 Verordening (EG) 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, *PbEG* 2001, L145/0043-0048, 31 mei 2001.
- 3 Het transparantiebeginsel wordt geïntroduceerd in artikel 2 lid 1; de uitzondering m.b.t. de bescherming van de internationale betrekkingen van de Unie in artikel 4

- lid 1 onderdeel a derde streepje van de Transparantieverordening.
- 4 Opmerkelijk, in de zin dat in deze zaak een Europarlementslid gebruikmaakt van de juridische middelen die tot stand zijn gebracht om particulieren de mogelijkheid te bieden inzage te krijgen in beleidsdocumenten.
- 5 Gerecht EU 4 mei 2012, T-529/09, ECLI:EU:T:2012:215 (*Sophie in 't Veld/Raad*) (hierna: arrest van het Gerecht).
- 6 www.sophieintveld.eu/d66-wint-rechts-zaak-tegen-raad-van-ministers/ (laatst bezocht op 14 juli 2014).
- 7 Zie noot 3.
- 8 Artikel 4 lid 2 tweede streepje van de Transparantieverordening.
- 9 HvJ EU 29 juni 2010, C-339/07 P, ECLI:EU:C:2010:376 (*Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau*). Voor gelijkaardige vermoedens, zie ook de gevoegde zaken C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, ECLI:EU:C:2010:541 (*Commissie/API*); C-477/10 P, ECLI:EU:C:2012:394 (*Commissie/Agrofert*); C-404/10 P, ECLI:EU:C:2012:393 (*Commissie/Editions Odile Jacob SAS*).
- 10 De term 'deferentie', naar het Engelse 'deference', duidt op een houding van eerbied, respect en achting. In de Amerikaanse traditie wordt de term 'deference' soms gehanteerd in het kader van de doctrine van de scheiding der machten, waarbij men dan aanneemt dat het niet aan de Amerikaanse hoven en rechtbanken toekomt om zich uit te spreken over 'political questions', d.i. vragen die in essentie politiek zijn en bijgevolg door de politieke instellingen dienen te worden beantwoord. Voor een kritiek op deze doctrine, zie Thomas Franck, *Political questions judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?*, Princeton: Princeton University Press 1992.
- 11 De zaak ging meer bepaald om een verzoek tot openbaarmaking van notulen van een vergadering van het zogenaamde 'artikel 133 comité', d.i. de werkgroep binnen de Raad die toezicht houdt op de Commissie in het kader van onderhandelingen van vrijhandelsakkoorden. Zie GvEA EG 25 april 2007, T-264/04, ECLI:EU:T:2007:114 (*WWF European Policy Programme/Raad*).
- 12 Arrest van het Gerecht, r.o. 35-39.
- 13 Arrest van het Hof, r.o. 52-53. Het Hof verwijst hier naar een eerdere uitspraak in C-280/11 P, ECLI:EU:C:2013:671 (*Raad/Access Info Europe*), r.o. 31-32, dat op zijn beurt steunt op het *MyTravel*-arrest (C-506/08 P, ECLI:EU:C:2011:496 (*Zweden/Commissie en MyTravel*), r.o. 76).
- 14 Arrest van het Hof, r.o. 51.
- 15 In het arrest *Sison* stelde het Hof dat in situaties waarin aan de betrokken instelling een ruime beoordelingsmarge wordt toegerekend (zoals bij de beoordeling van de uitzonderingen op het transparantiebeginsel), de Unierechter enkel kan controleren 'of de procedure- en motiveringsvoorschriften zijn nageleefd, de feiten materieel juist zijn, de feiten niet kennelijk verkeerd zijn beoordeeld en geen misbruik van bevoegdheid is gemaakt'. Zie HvJ EG 1 februari 2007, C-266/05 P, ECLI:EU:C:2007:75 (*Sison/Raad*), r.o. 34.
- 16 Arrest van het Hof, r.o. 64.
- 17 Zie het dispositief van het arrest van het Gerecht. Zie ook de reactie van de Juridische dienst van de Raad van 10 juli 2014, punt 3, te raadplegen op www.statewatch.org/news/2014/jul/eu-council-post-Veld-judgment-11788-14.pdf (laatst bezocht op 19 augustus 2014).
- 18 Arrest van het Hof, r.o. 79-80.
- 19 Het begrip '*foreign relations exceptionalism*' duidt nu en dan op in de Amerikaanse literatuur over het grondwettelijk kader waarbinnen het Amerikaanse buitenlandbeleid wordt gevoerd. Het begrip duidt op de tendens om het buitenlandbeleid als een 'sui generis' beleidsdomein te beschouwen, dat onderworpen is aan andere (en vaak minder stringente) vereisten op het vlak van politieke en juridische legitimiteit. Voor een voorbeeld, zie Edward T. Swaine, 'Undersea World of Foreign Relations Federalism', *The Chicago Journal of International Law* 2001, 2, p. 337 e.v., i.h.b. p. 346.
- 20 Het Gerecht was van oordeel dat bij het onderzoek naar een mogelijke ondermijning van de bescherming van de internationale betrekkingen van de Unie rekening dient te worden gehouden met de overweging dat het voeren van internationale onderhandelingen in beginsel onder de bevoegdheid van de uitvoerende macht vallen, en dat 'de inspraak van het publiek in een procedure met betrekking tot de onderhandeling en de sluiting van een internationale overeenkomst noodzakelijkerwijs beperkt is, gelet op het rechtmatige belang om geen strategische aspecten van de onderhandelingen te onthullen'. Zie arrest van het Gerecht, r.o. 88, waarnaar ook verwezen wordt door het Gerecht in zijn uitspraak in de zaak die mevrouw In 't Veld aangespannen had tegen de Commissie (T-301/10, ECLI:EU:T:2013:135 (*Sophie in 't Veld/Commissie*), r.o. 120).
- 21 HvJ EG 1 juli 2008, gevoegde zaken C-39/05 P en C-52/05 P, ECLI:EU:C:2008:374 (*Zweden en Turco/Raad*), r.o. 46. Herhaald door het Hof in het *Access Info Europe*-arrest (C-280/11 P, ECLI:EU:C:2013:671, r.o. 33) en door het Gerecht in het arrest van 4 mei 2012, r.o. 88-91.
- 22 Arrest van het Hof, r.o. 105.
- 23 Conclusie van A-G E. Sharpston in C-350/12 P, ECLI:EU:C:2014:88 (*Raad/In 't Veld*), punt 75-76: 'Aangezien het doel van de verordening is om het publiek een zo ruim mogelijk recht van toegang te verlenen, dienen de instellingen in mijn ogen de praktische gevolgen van openbaarmaking van geval tot geval te beoordelen. Zij kunnen zich niet louter op algemene overwegingen baseren om verzoeken om openbaarmaking af te wijzen (...) [H]et uitgangspunt zou moeten zijn dat het transparantiebeginsel voor besluiten op het vlak van de internationale betrekkingen net zozeer geldt als voor besluiten op alle andere werkerterreinen van de Unie (...)'.- 24 Arrest van het Hof, r.o. 107.
- 25 Over deze beweging, zie Jacco Bornhoff, *Balancing constitutional rights: the origins and meanings of postwar legal discourse*, Cambridge: Cambridge University Press 2013.
- 26 Zie T. Alexander Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing', *The Yale Law Journal* 1987, 96, p. 943 e.v., i.h.b. p. 972.
- 27 Arrest van het Gerecht, r.o. 88.
- 28 Over de betwiste breuklijn tussen intern en internationaal recht, zie André Nollkaemper & Janne Elisabeth Nijman (red.), *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford: Oxford University Press 2007.
- 29 Het Hof: 'Zelfs indien op basis van identieke feiten twee verschillende uitzonderingen zouden kunnen worden ingeroepen, mag een rekwirant zich, wanneer hij, zoals in casu, de uitdrukkelijke uitzondering voor de bescherming van de internationale betrekkingen zonder succes heeft aangevoerd, nadien niet op dezelfde feiten baseren om te stellen dat een uitzondering die een ander belang – zoals juridisch advies – beschermt, van toepassing is, zonder uit te leggen hoe de openbaarmaking van die documenten concreet en daadwerkelijk dat andere belang ondermijnt', arrest van het Hof, r.o. 101.
- 30 T. Tridimas & P. Eeckhout, 'The External Competence of the Community and the Case-Law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism', *Yearbook of European Law* 1994, 14, p. 143-177.
- 31 Gerecht EU 3 oktober 2012, T-465/09, ECLI:EU:T:2012:515 (*Ivan Jurasinovic/Raad*) (bevestigd in beroep bij arrest HvJ EU 28 november 2013, C-576/12 P, ECLI:EU:C:2013:777 (*Ivan Jurasinovic/Raad*)).
- 32 Zie GvEA EG 25 april 2007, T-264/04, ECLI:EU:T:2007:114 (*WWF European Policy Programme/Raad*), of de arresten van het Gerecht en het Hof in de zaak *Juranisovic* (zie noot 31). In beide zaken besloot het Hof tegen openbaarmaking.
- 33 Merk evenwel op dat op het ogenblik van schrijven, het nieuw samengestelde Parlement zich beraadt over een mogelijke schorsing van het akkoord in het kader van de Amerikaanse spionagepraktijken in de EU. Zie www.elections2014.eu/en/newsroom/content/20131021STO22709/html/EP-to-vote-on-suspending-SWIFT-deal-after-committee-vote-on-data-protection (laatst bezocht op 14 juli 2014).
- 34 Over het bestaan en de wenselijkheid van een trias politica of een scheiding der machten in de context van de (toenmalige) Europese Gemeenschap, zie Koen Lenaerts, 'Some Reflections on the separation of powers in the European Community', *CML Rev.* 1991, 28, p. 11 e.v., i.h.b. p. 12-14. Voor een update van deze analyse, zie Gerard Conway, 'Recovering a separation of powers in the European Union', *European Law Journal* 2011, 17, p. 304-322.
- 35 *PbEU* 2014, C 095/01, 1 april 2014 (hierna: het interinstitutioneel akkoord).
- 36 Artikel 2 van het interinstitutioneel akkoord.
- 37 Dit is het beginsel van de zogenaamde 'originator control'. Zie artikel 3 lid 4 van het interinstitutioneel akkoord.
- 38 Artikel 5 van het interinstitutioneel akkoord.
- 39 Artikel 6 van het interinstitutioneel akkoord.
- 40 Zie, in deze zin, Deirdre Curtin, 'Overseeing Secrets in the EU: A Democratic Perspective', *JCMS: Journal of Common Market Studies* 2014, 52, p. 684 e.v., i.h.b. p. 694 e.v. ('Limiting access in an extreme fashion creates different classes of legislators – those with and without security clearances – in a manner that is not necessarily limited in the public interest. Moreover, if the security-cleared MEPs have only limited access to (security-cleared) staff, then the risk is that they will be substantively restricted in appreciating what they are being allowed to read.')
- 41 Thomas Verellen is doctoraatsstudent, Instituut voor Europees recht, KU Leuven.